

“Wrongful conception”, “Wrongful birth”, “Wrongful life”: Aproximación al régimen de responsabilidad por falla medica derivada de “nacimiento injusto” y/o “reproducción injusta” y daño moral

*Corredor, Ciro Manuel
Quiñonez, Juan José*

RESUMEN:

El artículo pretende analizar cuáles son las interpretaciones jurisprudenciales sobre el daño moral en tema de responsabilidad médica en materia de wrongful life, wrongful conception y wrongful birth en Colombia.

PALABRAS CLAVE:

Wrongful life, Wrongful birth, Wrongful conception, Responsabilidad civil, Derecho reproductivo, Responsabilidad médica.

ABSTRACT:

The article aims to analyze the jurisprudential interpretations of moral damage in the area of medical liability in matters of wrongful life, wrongful conception and wrongful birth in Colombia.

KEYWORDS:

Wrongful life, Wrongful birth, Wrongful conception, Civil liability, Reproductive law, medical liability, Compensable damage.

CONTENIDO:

1. Introducción
2. Objetivo general
3. Objetivos específicos
4. Metodología
5. Aproximación terminológica: “Wrongful life”, “wrongful birth” y “wrongful conception”
6. Perjuicios y reparación por wrongful birth en Colombia
7. Análisis de la Jurisprudencia Civil.
8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

Los embarazos no deseados se han convertido en una problemática que, en Colombia, ha tratado de regularse a través de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, lo que está intrínsecamente relacionado con la libertad de reproducción, es decir, el derecho a decidir cuándo, en qué momento y bajo qué condiciones se desea procrear. Debido a esto, *“las acciones de responsabilidad relacionadas con las concepciones y/o nacimientos no deseados representan un reto no solo de comprensión jurídica sino también social”* Rondón Echeverry, I. H. (2018).

En el presente escrito buscaremos exponer ideas que nos permitan tener más claridad sobre un tema tan controversial y polémico como lo es la responsabilidad civil de particulares y del estado frente a los derechos reproductivos y los daños relacionados con el nacimiento injusto, en el entendido de que dicha responsabilidad trae consigo la posibilidad de ejercer reclamaciones cuando estos derechos se vulneran; Al respecto Rondón E. afirma: *“Las complejidades de estos reclamos se potencian cuando las demandas se relacionan con niños nacidos con discapacidades*

o cuando lo que se pretende, a través de ficciones jurídicas, es reclamar indemnizaciones económicas por el mero hecho del nacimiento con discapacidad” Rondón Echeverry, I. H. (2018).

Para comprender mejor esta problemática, es válido precisar lo que representa el nacimiento injusto y la responsabilidad civil, por ello expondremos el origen de su significado, los avances de la responsabilidad civil y las perspectivas de investigación que ha suscitado el tema con especial énfasis en la responsabilidad civil de particulares y del estado por violación a los derechos reproductivos y por nacimiento injusto conocida en el derecho comparado anglosajón como *“wrongful life, wrongful birth and wrongful conception”*, en nuestro medio dichas categorías se han problematizado bajo la denominación *“nacimiento injusto”* y *“concepción injusta”*.

Inicialmente, el nacimiento injusto configura el reclamo que podrían ejercer los padres contra los profesionales de la salud encargados de que el proceso de embarazo se lleve de manera correcta y óptima; es decir, ante ciertos riesgos previsible (como enfermedades, anomalías etc) que no hayan sido detectados o informados a los padres en su debido momento, por eso, mediante las categorías de Wrongful, se procederá a describir cual es el hecho generador de la responsabilidad civil médica. Aunado a lo anterior, a pesar de que en Colombia no se ha propiciado un debate amplio sobre el tema el Consejo de Estado ha comenzado a delimitar los presupuestos para que se declare la responsabilidad del Estado bajo estas hipótesis (La vida como daño antijurídico irreparable. 2018) por ello, se intentará hacer un estudio introductorio del tema con base en los conceptos de derecho de daños.

La responsabilidad civil es un campo en constante evolución, día tras día, las situaciones en las cuales se debe determinar la responsabilidad de los sujetos van cambiando y se hace necesario analizar sus formas de imputación siempre desde la perspectiva de la libertad individual, pero sin perder de vista la perspectiva panorámica del Estado Constitucional de Derecho. Al respecto Macia M, afirma: *“las pretensiones de responsabilidad sólo se pueden entender si se atiende a los cambios y las reformas del Derecho, de la sociedad y de la familia que se han experimentado, fundamentalmente, desde finales del siglo XIX, cambios que se han producido, más que en los textos legales, en la imagen social de la responsabilidad, así como en su interpretación jurisprudencial.”* (Página 5)

Hoy en día, el papel de los jueces es muy importante, pues en ellos reside la tarea de analizar mediante los casos en concreto las formas de aplicación de la responsabilidad, en el caso de las figuras de responsabilidad por nacimiento injusto (conception, birth, life), la situación no es pacífica y amerita un análisis detallado. Nos hemos propuesto entonces, a modo de pregunta de investigación, analizar:

¿Existe daño moral desde las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil medica frente a las categorías de *Wrongful life*, *Wrongful conception* y *Wrongful birth en Colombia*?

Para el cumplimiento de la pregunta de investigación propuesta se plantea entonces los siguientes objetivos:

2. OBJETIVO GENERAL

Analizar el daño moral desde las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias sobre responsabilidad médica en materia de *Wrongful life*, *Wrongful conception*, *Wrongful Birth* en Colombia.

3. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Analizar y describir las categorías *Wrongful life*, *Wrongful conception*, *Wrongful Birth* en el contexto del ordenamiento jurídico colombiano (derechos reproductivos y por nacimiento injusto).
- Analizar el daño moral en las 3 categorías del *Wrongful*.
- Interpretar la jurisprudencia constitucional sobre el *Wrongful life*, *Wrongful conception*, *Wrongful Birth* en materia de daños en el contexto del ordenamiento jurídico.
- Interpretar la jurisprudencia civil sobre el *Wrongful life*, *Wrongful conception*, *Wrongful Birth* en materia de daños en el contexto del ordenamiento jurídico.
- Interpretar la jurisprudencia contenciosa administrativa del *Wrongful life*, *Wrongful conception*, *Wrongful Birth* en materia de daños en el contexto del ordenamiento jurídico.

4.METODOLOGÍA:

El Estado Constitucional de Derecho como horizonte interpretativo del daño moral

El análisis llevado a cabo se ejecutará partiendo de los presupuestos del Derecho constitucionalizado, es decir, toda categoría jurídica, en los sistemas actuales debe obedecer al fenómeno de irradiación impuesto desde el texto constitucional, por tanto esta investigación será guiada en la noción de Estado constitucional de derecho, a través del estudio de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, *“para demostrar que en el pensamiento jurídico contemporáneo, tanto en su filosofía del derecho, como en la teoría constitucional, se ha revalidado el debate global sobre los derechos fundamentales”* Bechara Llanos. (s. f.). En este sentido, los derechos fundamentales tienen un papel muy importante dentro del estado constitucional, el mismo autor, postula que: *“el estado constitucional, es entendido como aquel estadio en el que los derechos subjetivos de los ciudadanos recobran su papel central en la sociedad, instituyéndose como un orden fundamental dentro del sistema jurídico”* Adicionalmente, Como señala Ferrajoli, los derechos fundamentales se convierten en condiciones sustanciales de validez: *“De hecho, todos los derechos fundamentales – desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho”* Agrega Ferrajoli: *“Así pues, el Estado Constitucional de Derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos”* (Positivismo crítico, derechos y democracia). Es decir que el concepto de principios constitucionales va de la mano con los derechos fundamentales, *“ya que los últimos son expresados como normas jurídicas de principios y, dado que el sistema jurídico no se encuentra ya integrado sólo por reglas, sino también por principios, éstos marcan un paso trascendental en la concepción del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho”* Bechara Llanos. (s. f.).

Continuando con lo anterior, se resalta que, en Colombia se han generado una serie de cambios jurídicos, *que* han permitido que figuras como la del juez en un Estado Constitucional de Derecho adquieran un nuevo papel dentro del proceso jurisdiccional, lo que en palabras que Aguilar Barreto, A. J., & Hernández Peña, Y. K. sería: *“una participación activa la cual le permitirá ser garante de derechos fundamentales, protector de la norma de normas, basado en los principios constitucionales, la jurisprudencia y los precedentes”* así las cosas, explican las mismas autoras, es gracias a la interpretación que hace la corte constitucional del artículo 230 de la constitución política donde *“imperio de la ley”* debe ser entendido en sentido material, es decir como todo el ordenamiento jurídico y no en sentido formal, leyes expedidas únicamente por el órgano legislativo. Por esto, el juez del Estado constitucional de Derecho está llamado a ser un juez director, proactivo, que intervenga en todas y cada una las esferas de la sociedad procurando dirigir, producir, transar y proteger a los sujetos dentro del proceso jurisdiccional. Es así como la decisión del juez en torno a controversias por nacimiento injusto o por concepción injusta deberán basarse de un lado en las interpretaciones constitucional y del otros en las necesidades de los particulares involucrados en el caso en concreto.

Para efectos de desarrollar el objetivo general planteado, bajo una técnica de investigación cualitativa, el texto presentará , en sus primeros capítulos desde la doctrina nacional e internacional, la conceptualización de las acciones por wrongful (life ,birth, conception) en materia de derecho de daños, sus aspectos procesales y sus aspectos sustanciales, Exponiendo sus avances en la jurisprudencia constitucional Colombiana, pues, aunque en la jurisprudencia colombiana no se usen dichas categorías, si se puede extraer de ella varios casos donde el fenómeno se ha presentado y posteriormente se identificará la existencia de intereses jurídicos susceptibles de indemnización.

Una vez presentadas estas nociones, se traerán a colación casos en donde se materialicen los supuestos de hecho de estas acciones y las vías procesales aplicables a cada uno, todo esto, para lograr centrarse en los aspectos sustanciales de estas acciones, cumpliendo con la explicación del primero de los elementos de la responsabilidad civil: el daño.

Finalmente, en los últimos capítulos se busca realizar un trabajo dialéctico, siguiendo la postura propuesta por Hegel, donde establece la dialéctica como método para analizar la realidad, dividiéndola en 3 partes: (Tesis, Antítesis, Síntesis) ¹ y adicionalmente generar aportes para su solución, dinamizando y generando nuevo conocimiento al caso bajo análisis donde se estudiarán los casos de Wrongful, y sus reclamaciones.

5. APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA: “WRONGFUL LIFE”, “WRONGFUL BIRTH” Y “WRONGFUL CONCEPTION”

1.1 WRONGFUL LIFE

Inicialmente el “**wrongful life**” o “vida injusta” es un título de imputación usado para perseguir la responsabilidad médica, por parte de los padres de un recién nacido, o del mismo “niño” ante malformaciones o enfermedades incurables que se hubieran podido prever mediante tratamientos médicos o se hubieran podido evitar mediante la interrupción voluntaria del embarazo. Bajo este título de imputación el nacimiento se percibe como daño, pues es a partir de este mismo, que el ser humano que nació debe sufrir discapacidades y eventuales futuras formas de discriminación estructural. En Colombia a causa de la reforzada protección de la que goza el derecho a la vida no se ha admitido esta tesis moderada alemana, la cual postula que, el daño se dio por la negligencia de no realizar exámenes neonatales, o la negligencia de no hacer un aborto, es decir que, quienes estando en plena capacidad de realizar un aborto se niegan a hacerlo, y a consecuencia de eso nace un ser humano con una enfermedad y/o una discriminación estructural puede configurarse el concepto “wrongful life”.², esto, está directamente relacionado con la responsabilidad obligacional, y esta, “*es la que genera la obligación de reparar el daño, por el incumplimiento de un deber jurídico específico y previamente establecido, denominado “relación jurídica obligatoria”; en tanto que la responsabilidad extraobligacional será consecuencia del*

¹ García, A. M. (2022, 24 noviembre). *Dialéctica*. Economipedia.

<https://economipedia.com/definiciones/dialectica.html#:~:text=La%20dial%C3%A9ctica%20es%20una%20t%C3%A9cnica,y%20se%20traduce%20por%20conversaci%C3%B3n.>

² Consejo de Estado [CE], noviembre 2, 2011, CP: D. Rojas Betancourth, Sentencia 21157, [Colom].
Consejo de Estado [CE], enero 24, 2002, CP: J. M. Carrillo Ballesteros, Sentencia 12706/1994-9875, [Colom].
Consejo de Estado [CE], febrero 13, 2013, CP: J. Santofimio Gamboa, [Colom.].

incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista entre los sujetos ningún vínculo obligacional previo” Huayama, J. C. G. (2010).

La figura refiere entonces al ámbito de la negligencia médica y por tanto es una categoría que pretende una indemnización de daños, tales como: (I) Perjuicio económico: Se configura en base a los gastos que han sido generados Y (II) Daño moral: Se presenta en el momento del nacimiento y va dirigido a resarcir los sufrimientos de la madre.

Resaltamos también que para que se pueda imputar esta categoría la jurisdicción debe permitir la interrupción voluntaria del embarazo o que al menos sea legal practicarla en los casos donde haya un fenómeno de grave enfermedad, malformación del feto o que ponga en riesgo la vida de la madre gestante.

1.2 WRONGFUL BIRTH.

A su turno, el “**wrongful birth**” está supremamente relacionado con el “*wrongful life*” sin embargo en este caso, quien interpone la acción no es el hijo nacido, sino que son los padres progenitores de ese hijo con malformación o enfermedad incurable, ellos son quienes se encargan de interponer la acción reclamando los daños, bien sean, morales o patrimoniales. Cabe tener en cuenta que esta acción se desprende principalmente de privar a la madre de realizar el aborto.

Ahora bien, frente al wrongful birth podemos precisar que también se trata de una negligencia médica y se trata de una “acción de vida inapropiada” donde un tercero, que posea las herramientas necesarias para detectar los futuros riesgos en el desarrollo normal del embrión, no lo hace y genera daños merecedores de posterior indemnización como:

1. Perjuicio económico o daño patrimonial: Como se verá, este se configura en base a los gastos que han sido generados en consecuencia de las condiciones y anomalías que presenta el nacido.

2. Perjuicio moral: Para esta indemnización se tienen en cuenta los factores donde la madre no pudo tener decisión sobre el nacimiento del menor de haberse enterado de esas condiciones u anomalías, adicionalmente, también se podrá reclamar dicha indemnización por daño psicológico, es decir por el impacto generado a causa de la anomalía que presenta el menor al momento del nacimiento.

Concordamos con Espinoza Espinoza cuando sostiene que el problema real no se encuentra en aplicar tal o cual régimen de responsabilidad, sino en “garantizar a la víctima un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño ocasionado, toda vez que importante no es el origen del daño sino como solucionar las consecuencias¹². En tal sentido, sería necesaria la unificación de los regímenes de responsabilidad civil, pues la coexistencia de dos órdenes normativos distintos para referirse a un solo hecho (el daño causado) solamente provoca inequidad” responsabilidad civil de los médicos. *Derecho y Cambio Social*, 7(21).

La similitud con la que se aborda este título de imputación respecto del primero es tanta que su única diferenciación a efectos prácticos es que este título no busca resarcir el daño fundado desde el nacimiento del menor, sino que, propende por el que asumen los padres al hacerse cargo de un hijo que creyeron tener sano, pues deberán cumplir con unas determinadas cargas. Es entonces que la acción se fundará en los daños psicológicos y morales que trae el tener un hijo con malformaciones o con enfermedad incurable, y en este último caso, de la enfermedad pues se crearía un daño patrimonial hacia los padres que tendrán que asumir los costos de tratamientos médicos e incluso cuidados especiales (libertad reproductiva). Como ya se mencionó, la interrupción del embarazo tiene relación con el wrongful birth puesto que la negativa por parte de un médico negligente, que no informa de una determinada condición del feto hace que los padres no tengan conocimiento de las condiciones reales del hijo que está por nacer, por lo cual el médico estaría contrariando a la *lex artis*, pues es ahí donde se contiene el deber de información para con los pacientes.

Es entonces que, si analizamos varios pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional en reiteradas ocasiones se han dado casos donde se niega el aborto aun configurándose las causales expuestas en la sentencia C 355 de 2007.³

En efecto, la categoría (wrongful birth) deriva los daños del acto omisivo (negligencia médica) en tanto los padres no pudieron tomar acciones pertinentes como tratamientos médicos o hacer uso de la interrupción voluntaria del embarazo. Y es que el principal fundamento para que se configuren estos se basa en la reclamación de un derecho al reconocimiento de indemnización moral y económica derivado de haber realizado el parto y nacimiento de un menor con discapacidades y anomalías genéticas:

“Lo relevante aquí no es el sentido en que la madre hubiera ejercitado dicha facultad, sino la pérdida de la facultad misma. No obstante, la aplicación en este ámbito de la señalada teoría ha sido criticada por algunos autores por poner en duda que exista una verdadera ocasión perdida respecto del nacimiento y los gastos consiguientes, al residir la decisión del aborto en la madre y no en un evento aleatorio, la conducta negligente del médico que ha impedido ejercitar la facultad de interrumpir legalmente el embarazo lesiona el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la madre; por tanto, los daños indemnizables serán aquéllos que deriven de dicha lesión” (Martín Casals, 2002, págs. 3-8)

1.3 Wrongful Conception

La definición de wrongful conception que nos representa las “Acciones de concepción inapropiadas”, refiere, de nuevo, a un caso de negligencia médica, pero en el momento de la concepción, es decir, habla de omisiones por la implantación equivocada de métodos anticonceptivos que acarrearán como consecuencia el nacimiento o embarazo de un hijo no deseado. Esto, va de la mano con el derecho a la libertad reproductiva, que trae consigo métodos de

³ a) Cuando pelagra la vida o la salud de la madre, b) Cuando se presenta malformación del feto incompatible con la vida. c) Cuando el embarazo es producto de abuso, violación, incesto, transferencia de óvulo o inseminación no consentida.

protección para evitar el embarazo, métodos anticonceptivos que van de la mano con la libertad reproductiva en querer o no querer y según el concejo de estado en su Rad 41262⁴ se trata de una concepción en la que “uno o ambos progenitores plantean una demanda de responsabilidad frente a un profesional sanitario ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener; nacimiento que, de hecho, habían tratado de evitar por una de estas tres vías: esterilización voluntaria (vasectomía o ligadura de trompas), uso de métodos anticonceptivos o práctica de un aborto”, es decir, en este caso se demanda por haber llevado al niño hasta un término indeseado, afectando el derecho de la libre actividad reproductiva.

Complementariamente, con una determinante acogida a nivel nacional de la teoría de autodeterminación el Consejo de Estado expuesta anteriormente, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 2 de noviembre de 2011, exp. 21157, M.P. Danilo Rojas Betancourth, ha concebido que “*el daño indemnizable (...) no era otro que la afectación al libre desarrollo de la personalidad, materializado en la posible vulneración de su voluntad reproductiva*”⁵, enfocando la concepción del daño en estos casos en el derecho fundamental de la madre que se ve lesionado por la falta de diligencia del personal médico al realizar todos los estudios neonatales que le hubieran permitido tener un grado de información tal, que hubiera tomado la decisión de interrumpir voluntariamente su embarazo a causa de las graves mal formaciones del feto, estando facultada para ello conforme a las excepciones impuestas en la C-355 de 2006, no sobra decir que el no brindar esta información a la paciente es una violación de las obligaciones humanísticas del médico, cuestión que se desarrollara en otro acápite, por lo que la concepción que posee el Consejo de Estado se adapta más al concepto de *wrongful birth*, pues de haber tenido plena información sobre las condiciones de salud del nasciturus, o aun teniéndola, pero de no haber existido las dilaciones injustificadas de las entidades de salud, está (la madre) hubiera interrumpido voluntariamente el embarazo.

⁴ La demandante asistía, por decisión voluntaria, a un programa de planificación familiar en la E.S.E. demandada, donde se le administraba mensualmente por vía intramuscular el anticonceptivo Nofertyl. No obstante, y pese a su decisión de limitar el número de hijos –por razón de sus condiciones económicas y puesto que tenía cuatro–, concibió un quinto descendiente, hecho que considera dañino, pretende imputarlo a las demandadas y exigirles una reparación, por cuanto afirma: (i) que el medicamento que le fue administrado era adulterado y (ii) que la entidad prestadora de los servicios de salud no le informó el margen de error del método contraceptivo indicado. La indemnización de perjuicios pretendida corresponde al daño moral padecido, al daño a la vida de relación y a los gastos de crianza y educación del menor.

TEORÍA DEL DAÑO MORAL Y EL WRONGFUL LIFE, CONCEPTION AND BIRTH.

Inicialmente, cuando se hace referencia daño moral en los conceptos de nacimiento, se debe considerar que el nacimiento de una persona retribuye y origina consecuencias moralmente dañinas. Al momento de realizar un estudio a profundidad, podemos ver que hay casos en los que se puede generar este daño y no necesariamente está relacionado con él bebe, sino más bien, con lo que se puede llegar a producir en consecuencia de ese nacimiento a la persona gestante en uno de los wrongful en cuestión, es decir, que el nacimiento no deseado o con afecciones, se le atribuye la responsabilidad civil a un tercero el cual ha realizado un procedimiento médico negligente y por esto mismo se da la gestación del bebe, entonces ponemos en cuestión que existe un daño moral en la persona que ha actuado de manera diligente para evitar embarazos y que por un mal proceder de un tercero se da este hecho.

En primera instancia y para poder tener claridad sobre el daño moral es válido que nos remitimos a una definición concreta y mediante la sentencia de casación del 21 de julio de 1922 proferida al caso VILLAVECES, dispone que:

“ En efecto, el perjuicio moral puede ser definido como aquel que impacta la órbita interna del sujeto, concretamente su esfera emotivo-espiritual, por lo que su manifestación no es única, sino que depende de la reacción de cada sujeto. No obstante, generalmente se manifiesta en forma de dolor, congoja, pesadumbre, aflicción, intranquilidad o cualquier forma de alteración emocional. Es importante precisar que la alteración emocional no puede ser patológica, pues, de serlo, se estaría frente a un daño a la salud de tipo psicológico”

En hilo a esto podemos decir entonces que el daño moral es una reacción que en todos los casos podrá ser distinta y que dependiendo del escenario esta misma se evaluará y buscará así mismo resarcirse mediante la determinación de un responsable, en los casos de wrongful es cercana a esta definición debido a que se busca poder definir el daño moral causado en la responsabilidad civil que haya sido causado por la acción u omisión del tercero.

En la situación de la responsabilidad civil se encuentra una definición acertada a lo cual se quiere hacer referencia en estos casos de wrongful life, birth y conception, mediante el texto de “El Daño moral en las personas jurídicas y su tratamiento en Colombia” José Méndez 2015, dispone que en el ordenamiento jurídico colombiano se carece de una regulación extensa en materia de responsabilidad civil, ya que existen pocos artículos dentro de la legislación que abordan el asunto. En efecto, la teoría de daños en Colombia ha sido construida jurisprudencialmente con base en los diferentes casos que sobre la materia se han presentado, los cuales han permitido dar aplicación y fijar los alcances sobre el desarrollo del tema. En concordancia a lo anterior, se podría mencionar que el objetivo principal de la responsabilidad civil es reparar el daño que se presenta por una acción u omisión, buscando con ello el restablecimiento de las condiciones de quien padeció dicha afectación, la cual puede repercutir en aspectos patrimoniales o extrapatrimoniales del perjudicado

Ahora bien, ¿cómo podemos plasmar, ver reflejado y justificar que exista un daño moral en los casos de los embarazos no deseados o con afecciones por una acción u omisión en los casos de wrongful?, para ello haremos un acercamiento en cada una de las categorías en cuestión.

En los casos de **wrongful birth**, se vuelve un poco más razonable encontrar una justificación de un daño moral, esto debido a que se origina por la acción u omisión, en este caso, del actuar prudente y diligente del personal médico, pues debemos recordar que este concepto se basa en que se dé el nacimiento del bebe y que este haya nacido con afecciones o condiciones especiales que no fueron detectadas a tiempo con los instrumentos y herramientas normalmente implementadas en los procesos de gestación, es decir que existió una negligencia médica y esto vuelve determinable la responsabilidad civil.

Esta negligencia causa un daño moral porque se tiene que tomar consciencia y tener en cuenta que el hecho de que el menor nazca con condiciones especiales y no haya sido comunicado a los padres es un actuar el cual se torna complicado y puede provocar reacciones de distintas índoles en los padres, esto debido a que ellos podrían no encontrarse preparados para la gestación y crianza del menor teniendo en cuenta que la percepción de esta es netamente subjetiva , además no se puede dejar de lado que la gestación de un bebe con condiciones especiales algunas veces puede representar un riesgo en la madre que puede tornarse delicado en cuestiones de salud.

Por otro lado podemos observar que el nacimiento de un bebe con condiciones especiales trae consigo también una responsabilidad considerablemente grande no solo psicológica, psíquica, si no patrimonialmente y que el actuar irresponsable del médico compromete a los padres a gastos que la paternidad y maternidad normalmente no trae consigo, teniendo en cuenta que el actuar de estos podría variar dependiendo de las determinaciones médicas y que esta podría llegar a evitarse si se detectaba de forma prudente y a tiempo, la sentencia C-055 del 2022 le da la potestad a los gestantes de decidir si asumir o no ser padres, dado que la sentencia dispone: “se despenaliza el abortos hasta las 24 semanas de gestación”

Es aquí entonces donde existe el problema jurídico y podemos encontrar el daño moral, ¿realmente los gestantes hubiesen decidido ser padres si se detectaba las anomalías o las condiciones especiales dentro de las 24 semanas de gestación establecidas por la ley?, o ¿lo hubiesen considerado al punto de rechazar ser padres del menor dentro del mismo términos?, esto se materializa en daño moral por todas las obligaciones y responsabilidades que trae haber gestado y haber dado nacimiento a un menor que probablemente venga al mundo para vivir en una condición que no es considerada como “digna” y es acondicionarlo a una vida con sufrimiento; donde se ha privado de la facultad de la interrupción voluntaria del embarazo a los padres y esto da paso a un daño moral y también a una indemnización que quedará a discrecionalidad del juez.

Ahora bien, el **wrongful life** al tener unas condiciones parecidas al wrongful birth, podemos decir que tiene repercusiones similares, esto debido a que se ha privado a los padres de la facultad de una interrupción voluntaria del embarazo, no por el hecho de que nazca el menor, si no por las condiciones en que puede llegar hacerlo.

Básicamente el anterior argumento para determinar el daño moral a los gestantes también puede aplicarse para este concepto de wrongful life, exponiendo además que el daño como tal no es la vida del menor que se traiga al mundo, si no el hecho de haber concebido y gestado al menor en unas condiciones tan complicadas que puede llegar a considerarse que pudo haber sido mejor no haberlo traído al mundo.

Además podemos encontrar como consecuencia de las afecciones o anomalías que exista un daño moral como respuesta a las condiciones especiales del menor y que esto por no haber actuado de

forma diligente y prudente puede traer consigo repercusiones en los padres y una indemnización a discrecionalidad del juez.

Entonces es válido precisar que el daño moral por responsabilidad civil puede ser patrimonial o extrapatrimonial, esto como consecuencia de las afecciones que puede traer consigo el nacimiento del menor, para ello Jose Mendez 2015, en su texto del daño moral a personas jurídicas y su tratamiento en Colombia dispone:

“El daño moral como *pretium doloris* es catalogado como la afectación que causa en los sentimientos una situación de hecho para la persona que lo padece donde la percepción que se tiene del mismo es netamente subjetiva, ligada directamente a la integridad física del ser humano y a la afectación que este puede sufrir. La figura del daño moral se refiere propiamente a la esfera psíquica del sujeto, es decir, al complejo de sus sentimientos, afectos, etc., en los casos en que resulten lesionados por la infracción (Domínguez, 2000, p. 57)”

De igual manera como lo nombramos anteriormente puede existir un daño moral extrapatrimonial y este se remite a lo que es la afectación a un derecho subjetivo inherente al ser humano y es “Cuando se presenta la afectación como consecuencia de un daño moral se debe buscar primero una restitución al estado anterior de la lesión, y en caso de que esto no se pueda presentar, surge la posibilidad de entregar una cantidad en dinero fijada por la justicia (Díez-Picazo, 1997, pp. 85 y 86)”.

Por último y tal vez la modalidad más complicada para determinar que exista un daño moral es el **Wrongful conception**, en primera instancia por que esta se da no por el hecho de las condiciones o si del bebe nazca saludable o no, si no que esta categoría si se remite a que hay un daño moral por el hecho de haber traído al mundo una persona o que haya existido un embarazo no deseado, sin embargo mediante el estudio de la materia podemos determinar que si puede llegar a existir afectaciones de forma moral, el haber gestado un bebe no deseado.

Es válido reconocer y considerar que esta modalidad también se da en base a una responsabilidad civil médica, debido a que los padres gestantes han actuado de forma diligente para evitar embarazos no deseados y poder evitar interrupciones voluntarias de la gestación.

Es aquí donde podemos comenzar a analizar y valorar el daño moral originado por el proceder negligente médico a una persona, esto debido a que los mismos recurren a las herramientas al alcance para que se lleven a cabo procedimientos médicos los cuales les impiden concebir un bebe, y el hecho de que este proceso no sea realizado con éxito puede traer consigo afectaciones morales, ya que hay que tener en cuenta que si las personas han tomado la decisión de llegar al punto de la intervención médica es porque no se sienten en condiciones de tener un bebe en sus vidas por distintas razones bien sea psicológicas, psíquicas, morales, patrimoniales o que bien sea no lo consideran oportuno en ese momento de sus vidas.

Por lo anterior podemos considerar que si hay un daño moral como consecuencia del mal proceder médico, debido a que la condición de ser padres en personas que han actuado de forma prudente para no serlo, les puede causar problemas y daños de forma subjetiva, dado que se les vulnera la libertad de facultad y elección de ser padres, este determina como daño moral extrapatrimonial, así mismo, el autor Jose mendez en su texto dispone el siguiente concepto:

“ El paso del daño moral al daño extrapatrimonial se enfoca en la percepción de amplitud en la aplicación del daño moral, donde no solo se debe tener en cuenta el *pretium doloris* y limitarlo al sufrimiento físico o psíquico de la persona, sino que aparecen además algunas situaciones donde puede operar su protección, es decir, la violación a ciertos bienes como el honor o la intimidad personal o familiar (Barrientos, 2008, pp. 85-106)”

Como hemos determinado que el daño moral existe de forma subjetiva, lo examinamos desde este punto, que la misma paternidad y maternidad puede llegar afectar y violar ciertos derechos y bienes que son de protección constitucional como el honor, intimidad personal o el derecho a ejercer la interrupción voluntaria del embarazo.

Por lo anterior no podemos dejar de lado que al existir este daño moral extrapatrimonial, también trae consigo daños morales patrimoniales y este buscará ser cubierto haciendo responsable civilmente al quien preste servicios médicos de forma negligente. SI, existe un daño, basándose en las personas que han recurrido a procesos médicos y han actuado de forma responsable para evitar embarazos y que este no haya sido llevado a cabo con éxito afecta a los mismos directamente teniendo en cuenta que existen casos donde el mismo no es notable hasta casi el nacimiento del menor, trayendo afectaciones y daños morales a los gestantes que no esperan este escenario.

Podemos decir entonces, que hay casos de embarazos que causan daños morales, y no hay que menospreciarlos o pasarlos desapercibidos, debido a que este no es causado como tal por el nacer de un menor, si no las formas en la que se va a nacer, si han sido deseados o sus condiciones de salud, la responsabilidad de ser padre y madre no es fácil, requiere de una responsabilidad especial y si, la prioridad debe ser el bebe, pero tampoco hay que dejar de lado las condiciones mediante las cuales va a ser traído al mundo, psicológicas, morales, psíquicas y patrimoniales.

1.4 Obligaciones constitucionales la interrupción voluntaria del embarazo como mecanismo de salvaguarda de responsabilidad medica

Respecto del nacimiento y concepción injustos la CIDH ha exigido a los estados, adoptar legislación que garantice a las mujeres, niñas y adolescentes el ejercicio efectivo de sus derechos sexuales y reproductivos *“en el entendido que la denegación de la interrupción voluntaria, segura y oportuna del embarazo en determinadas circunstancias puede constituir una vulneración a sus derechos fundamentales”* en este caso, dos derechos fundamentales principalmente, su derecho a la libertad, y su derecho a vivir una vida en condiciones “dignas”, es decir que, la CIDH reafirma lo establecido por nuestra carta magna, y por eso, ofrece métodos de planificación e impone la IVE en los 3 casos pertinentes.

Lo anterior ocasiona que el Estado no esté exento de responsabilidad, pues como ya se desarrollara con mayor amplitud, las entidades prestadoras de servicio pasan a actuar en nombre del estado, y su deber es garantizar los derechos fundamentales de las mujeres (para el caso), lo que ocasiona responsabilidad cuando no puedan cumplirlo en la manera que se espera por la negligencia de las mismas. Y ahí recae la importancia de lo establecido por la CIDH, pues obliga a los Estados a que recuerden su deber de especial de protección de los derechos humanos de las niñas y adolescentes “por su condición de especial vulnerabilidad”, en este mismo sentido, la CIDH observa que es necesario que los Estados actúen, como mínimo,

“bajo la presunción de que todo embarazo de una niña menor de la edad legal de consentimiento es producto de una violación sexual.” para garantizar sus derechos a las mismas y no solamente de niñas, sino también de mujeres cuando se encuentren inmersas en una de las tres causales de IVE.

Por eso, la responsabilidad estatal siempre podrá ser imputada en casos en los cuales la entidad prestadora de servicios se niegue a realizar un aborto en un caso de violación a una menor de edad, o a una mujer o genere dilaciones injustificadas en el mismo, como por ejemplo en la sentencia T-946 de 2008 de la Corte Constitucional⁶, la cual en palabras de Fernández (2017) versa sobre el siguiente problema jurídico: *“se encuentra el caso de una mujer en situación de discapacidad que padeciendo el síndrome de Pradder Willy, fue víctima de acceso carnal violento y quedó embarazada. Su madre solicitó la práctica del aborto y allegó la denuncia penal respectiva. No obstante, el cumplimiento de los requisitos para poder acceder al aborto, el médico presentó objeción de conciencia, pero omitió remitir de manera inmediata a la paciente a un profesional de la salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento”* esto es una muestra de que, aunque en Colombia no se use “wrongful conception”, existe jurisprudencia en materia. En el mismo sentido, en sede de revisión, la Corte Constitucional consideró procedente pronunciarse sobre el caso aunque hubiera operado la carencia actual de objeto,⁷ yendo más allá del reconocimiento del amparo de los derechos sexuales y reproductivos, de la integridad y la libertad de la madre, al condenar a la Institución de Salud y solidariamente al médico que atendió el caso a pagar los perjuicios causados a la madre en condición de discapacidad, por violación de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, Macía Morillo establece que, *la responsabilidad del Estado colombiano en temas como el aborto tiene una finalidad importante al garantizar un respeto de los derechos fundamentales de cada persona respecto a situaciones que rodean y abarcan las*

⁶ Ana padece síndromes SINDROME DE PRADDER WILLY, y el 8 de enero de 2008, se le realizó una ecografía a la menor que certificó que para la fecha tenía 18 semanas de gestación, producto de “(...) acceso carnal violento a menor en estado de indefensión” la madre de Ana y su esposo han solicitado la interrupción del embarazo de su hija Ana pero que el ginecólogo “GERMAN ARANGO se niega en nombre de COSMITET LTDA. a practicar procedimiento de interrupción del embarazo a pesar de conocer por la documentación a él presentada el estado mental de la menor, el hecho de que su gestación fue producto de su violación, el grave riesgo que corre la vida de la gestante y el altísimo índice de posibilidades de malformaciones del feto, no solo por la transmisión genética, sino por el consumo prolongado de la droga denominada EPAMINE que según conceptos profesionales incrementa en un alto porcentaje el riesgo de malformaciones en el feto.”.

⁷ La Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia. Al respecto la sentencia T-209 de 2008, advirtió: “(...) los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.”.

diferentes problemáticas relacionadas, como lo son la responsabilidad médica y el sistema de salud del país, lo cual implicaría ofrecer más alternativas para evitar o resolver los conflictos que pueden ser objeto de las acciones wrongful.

6. Perjuicios y reparación por wrongful birth en Colombia

En el caso de la prestación de servicios de salud se observa cómo por regla general esta se realiza por medio de la descentralización por servicios a través de Empresas sociales del Estado (E.S.E), razón por la cual se entiende que los funcionarios de dichas entidades encarnan al aparato Estatal en el cumplimiento de sus funciones, al punto que se sobreentiende que es el Estado quien presta dicha función directamente, es por lo mismo que el Estado al tenor del art. 90 de la Constitución Política “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”, debiéndose entender por autoridades públicas todo funcionario estatal, adicionalmente del tenor del anterior artículo se desprenden dos requisitos que deben ser concurrentes para la existencia de responsabilidad estatal que según Ospina (2016) son: “la existencia de un daño antijurídico y que el mismo pueda imputarse a la acción u omisión de una autoridad pública”.

También es relevante puntualizar que el régimen de responsabilidad estatal representa un régimen subjetivo de responsabilidad, régimen de elaboración jurisprudencial, pues basta decir que la responsabilidad estatal cuenta con una cláusula general (art. 90 Constitución Política) que brinda elementos generales que han sido objeto de elaboración jurisprudencial. Los daños antijurídicos como consecuencia de las irregularidades o deficiencias en la prestación de los servicios públicos encarnan la obligación del Estado de resarcir dichos daños antijurídicos,

En palabras de Ospina (2016) *“presumiendo, en consecuencia, su responsabilidad en cuanto a imprevisión o conducta culposa, dado que, según esta tesis, de haber sido diligente y previsor se hubiere podido evitar en una medida razonable la consumación del daño”*

De igual manera, esto debe de ir acorde con el régimen de falla probada, pues para que la responsabilidad estatal pueda ser imputada; en el análisis que nos ocupa se debe demostrar que se

atentó contra la libertad de reproducción sexual de la mujer, probando un nexo causal entre el daño producido (nacimiento o concepción injustas) en contra de la libertad reproductiva, y la acción de la administración pública, esta falla probada será el título jurídico de imputación, es decir, de nada sirve tener un hecho en sí mismo, si no se sabe materializar, es necesario que ese título jurídico sea demostrado y eso se logra mediante la falla del servicio. Aunado a lo anterior, se observa que la corte constitucional en consonancia con el Consejo de Estado definió el daño antijurídico en la sentencia C-100 de 2001 como: “*Aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar*”, aspecto importante, por cuanto el daño no puede resultar de una carga que esté el ciudadano en el deber jurídico de soportar por cuanto carecería del elemento antijurídico y por ende no sería resarcible.

De la falla en el servicio por deficiente prestación del servicio de salud por planificación familiar deficiente

En efecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en su Expediente 41262 acerca de la anticoncepción fallida estableciendo lo siguiente: “*Esta Corporación ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud , en virtud de la cual, por regla general, es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, posición que no es ajena a las posibles falencias en la planificación familia*”⁸.

Es decir que, existen casos en los cuales la entidad prestadora de servicios no está exenta de total responsabilidad y en consonancia, en el ejercicio de sus funciones puede afectar derechos como el ejercicio de la libre actividad reproductiva.

La carta política de 1991 ha reflejado que los servicios prestadores de salud se deben garantizar de manera eficiente, lo cual está relacionado con la Lex Artis, por lo tanto, al paciente se le deben asegurar todas las expectativas sobre las cuales decidió escoger dicho servicio de salud, estas se cimentan sobre la obligación humanista del derecho a la información que debe cumplir el médico

⁸ Caso expuesto anteriormente, en donde la demandante asistía, por decisión voluntaria, a un programa de planificación familiar en la E.S.E. demandada, donde se le administraba mensualmente por vía intramuscular el anticonceptivo Nofertyl.

tratante, para que de este modo el paciente conozca los eventuales riesgos que conlleva el tratamiento o procedimiento y pueda esclarecer las expectativas frente al tratamiento a recibir.

De ello la relevancia del aspecto a que hace referencia el art. 90 a decir: *“Que le sean imputables a las acciones u omisiones de sus autoridades, cuando desarrolla la responsabilidad Estatal, y se tiene una íntima relación con las acciones u omisiones de los agentes Estatales, lo cual implica un elemento de culpa in abstracto (no siempre, existiendo la responsabilidad objetiva), existiendo una conducta negligente y dolosa dando paso a la culpa in abstracto inherente por los daños causados por terceros que representan el estado”*, Ospina (2016).

Esto bajo el entendido de que los médicos desarrollan funciones inherentes al Estado como la prestación de servicios públicos, estando a lo dispuesto por el artículo 365 de la Constitución política y en consideración que la salud es un servicio público como lo ha dejado en claro la corte constitucional en diversas sentencias, entre ellas la T-171 de 2018, puede y debe surgir responsabilidad Estatal por las acciones u omisiones de los funcionarios públicos Encargados de dichos servicios que ocasionen un daño antijurídico sin dejar de lado la posible responsabilidad civil de los mismos.

Esta teoría de la falla en el servicio establece, según Ospina (2016) que *“el Estado, entendido como persona jurídica de derecho público o ente abstracto claramente definido y con funciones y responsabilidades asignadas por la Constitución y la ley, esté directamente obligado a responder legalmente por los daños y perjuicios infligidos a los habitantes del país en razón de su actividad”*, Lo cual establece un claro papel de garante al Estado de derechos fundamentales y en palabras de Ospina (2016) un encargo de *“salvaguardia de la vida y de la integridad de los ciudadanos en su territorio”*.

Se dispone entonces que la responsabilidad estatal se configura en los casos sub examine, cuando entidades públicas actúan negligentemente generando vulneraciones a derechos fundamentales, en especial los relacionados con el libre desarrollo de la personalidad, libertad sexual y reproductiva. Y es que el objeto principal en esta materia es la protección de la persona y sus derechos como en

la sentencia C-355 de 2006 que se ha manifestado respecto a la IVE e indica que el ciudadano no debe soportar el menoscabo a su derecho, al contrario, este debe ser garantizado, y por otro se busca la responsabilidad de quienes actúan en representación del estado definiendo así los daños tanto morales, como psíquicos, psicológicos, económicos etc, y así mismo poder aproximarse a una reparación de los mismo, al respecto, Ospina y Jesús Marino opinan: *“La autoridad pública puede ser responsable cuando comete un daño incluso actuando desde el principio de legalidad, o sea que sus actos están sometidos a la constitución o al imperio de la Ley. De ahí la importancia de la noción “daño antijurídico”, pues la misma permite determinar claramente que el estado es responsable sin importar si sus agentes actuaron legalmente o no”*_(Ospina Mena, Jesús marino - Responsabilidad Extracontractual, Acciones de grupo y título jurídico de imputación en los sistemas de transporte masivo).

Es decir que, si dicho menoscabo viene de una entidad pública que por su negligencia, resistencia u omisión genera la vulneración de dicho derecho, las consecuencias de dicho derecho son imputables al Estado a causa de su posición de garante de los derechos de los ciudadanos.

Cumpliendo con uno de los dos requisitos que se establece en la cláusula general de responsabilidad estatal: La Negligencia médica, entendida ésta como una acción u omisión del médico que labora en la E.S.E y quien ostenta el carácter de funcionario público.

Además podemos precisar que ante el título de imputación de falla probada del servicio es imperioso, y más precisamente como lo dispone en sus palabras Ospina (2016): *“es menester demostrar primeramente el daño, que igualmente existió una falla de la cual se derivó aquel perjuicio, existiendo entre los dos (falla y daño) una relación de causalidad, lo cual constituye el eje del reclamo y la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio”*, Y es que la falla la misma consiste en el elemento de culpa in abstracto en la que incurrió el agente público, es decir, un reproche a su proceder frente a las condiciones externas, pues debido a sus funciones el mismo debió y pudo haber actuado en salvaguarda de los intereses de los ciudadanos⁹, pudiendo la

⁹ El Consejo de Estado de Colombia, en el primer caso que se decide en este país (CE, Sentencia 2005-00996/38806, Colom.), declaró la responsabilidad de una Institución Prestadora del Servicio de Salud por el daño moral causado a la víctima demandante, debido a una deficiencia en la prestación del servicio de contracepción, consistente en una falla en la información, en la medida que un médico tratante omitió informar a la mujer sobre los eventuales riesgos

conducta reprochable que constituye una falla en el servicio expresar negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia de normas, todas ellas constitutivas de una falla en el servicio¹⁰, pues la misma viola una obligación en cabeza del Estado, específicamente las que están en cabeza de los funcionarios públicos las cuales en consonancia y de la mano con el ART.2 de la Constitución Política ¹¹, Para el caso bajo examen se debe mencionar que las obligaciones del funcionario de salud de preservar los derechos del paciente, en especial los relacionados con el libre desarrollo de la personalidad en su manifestación de libertad sexual y reproductiva lleva implícito un deber de conducta establecido por una obligación humanística que se encuentra reflejada en la Ley 23 de 1981 prevé dicha obligación en los siguientes términos :

“ARTÍCULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectar física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente, obligación que se considera humanista por cuanto pone al médico en una relación horizontal con el paciente, imponiendo la obligación de revelar todo efecto relativo al tratamiento a prestar, para que sea este, el paciente, quien libremente e informadamente pueda decidir sobre el tratamiento a realizarse”.

En los casos de Wrongful conception, relacionando muchos de estos con métodos anticonceptivos fallidos se ha podido observar una falla en el servicio por negligencia del funcionario tratante cuando este no informa el grado de efectividad del método, ni las contraindicaciones del mismo,

de embarazo del método anticonceptivo prescrito; con ello, se le habría privado de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada.

¹¹ “ARTÍCULO 2° —Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

se entiende que es negligencia, por cuanto su *lex artis* le impone un deber de conducta que implica un cierto grado de diligencia.

Así mismo la norma y la ley se han encargado que sea tan claro el deber de diligencia respecto al deber de información, y este lo establece la ley mediante el Decreto 3380 de 1981 que reglamentó lo referente a la forma en que debe ejecutarse la advertencia de los riesgos por parte del médico al paciente, la obligatoriedad de la misma, y la obligación por parte suya de dejar constancia expresa sobre ello en la historia clínica.¹²

La información en materia de salud reproductiva como criterio de salvaguarda

La obligación de informar los riesgos en la salud reproductiva antes y durante la concepción es tan clara e importante para la salvaguarda de los bienes jurídicos del paciente que la manifestación de las posibles contraindicaciones de los procedimientos debe quedar expresamente consignada en la historia clínica; Tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional ha resaltado el papel que cumple la información en el ejercicio de la libertad sexual y reproductiva, la corte constitucional lo ha expuesto y definido en distintos escenarios como en la sentencia C-131 de 2004 que estableció: *“los derechos reproductivos protegen la autodeterminación reproductiva asociada con la progeneración responsable consagrada en el artículo 42 Superior, y que se entiende como la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento. Este derecho supone la prohibición de cualquier interferencia externa en la toma de este tipo de decisiones personales, por lo cual se considera vulnerado cuando la persona es sometida a*

¹² “Artículo.10. – El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que, en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse consecuencia del tratamiento o procedimiento médico”. Artículo.12. – El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla”. Artículo.13. – Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”.

cualquier tipo de violencia física, psicológica o a actos de discriminación, como embarazos, esterilizaciones o abortos forzados. Los derechos reproductivos también amparan el derecho de las personas a acceder a servicios de salud reproductivos lo cual incluye tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductor, embarazos libres de riesgos y acceso a información y métodos de anticoncepción.”

La anterior manifestación de la Corte se concatena con la obligación humanista del funcionario médico, por cuanto el deber de información del médico es parte del núcleo fundamental de la libertad reproductiva de las mujeres, por cuanto sin la información necesaria una mujer no puede tomar una decisión informada que esté acorde a su proyecto de vida, generando la omisión de la misma una lesión al derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad sexual y reproductiva, de contera a su dignidad humana.

Obligación de ejecución de exámenes neonatales como criterio de salvaguarda

Ahora bien, respecto al Wrongful birth, también encontramos distintas normativas que observan este fenómeno y tratan de realizar distintos aportes que contribuyan con el desarrollo de la definición legal del mismo, tal como la ley 1980 de 2019 donde se establecieron ...” *Las obligaciones de los médicos de realizar todos los exámenes neonatales pertinentes y necesario para la identificación temprana de malformaciones neonatales” ...*

La obligación antes descrita se concatena con la causal de IVE establecida en la sentencia C-355 de 2006 respecto a graves malformaciones del feto y esta afirma que ... *“haga inviable su vida, cuando un funcionario médico omite esta obligación también puede estar incurriendo en responsabilidad estatal”... por cuanto de haber realizado el proceso diligentemente, velando por los derechos e integridad de la persona actuando conforme al deber de conducta establecido en distintas normativas, cumpliendo a cabalidad con la obligación de informar oportunamente que se remite a la protección de la salud de la madre y que se le indiquen las contraindicaciones que implica su estado de gestación, como por ejemplo lo dispuesto en la ley 1980 de 2019...” realizar un ejercicio informado del derecho al libre desarrollo de la personalidad en su manifestaciones de libertad sexual y reproductiva”*

Encontramos aquí una interpretación diferente entre la categoría de wrongful life y la categoría de concepción injusta, en tanto la primera concreta el daño en el acto de nacer, es decir, el daño lo produce el nacimiento del hijo no deseado; en cambio la concepción desde la jurisprudencia colombiana -jurisprudencia constitucionalizada- encuentra el daño en la vulneración de los derechos fundamentales de los padres.

Adicionalmente se hace relevante mencionar que el Wrongful birth en el país no se ha ocasionado únicamente, ni mayoritariamente por la omisión médica de realizar exámenes neonatales, sino por dilaciones administrativas y médicas para practicar la interrupción voluntaria del embarazo cuando existe una causal para ello, pues son constantes las negaciones por parte de los centros de salud de realizar dichas prácticas así exista una de las causales¹³ y siendo un deber de todos los funcionarios velar por los derechos de los ciudadanos conforme a la normativa de la constitución política y los artículos expuestos anteriormente, pues se puede aseverar que dicha conducta también implica una conducta negligente que ocasiona un daño a los derechos reproductivos de la mujer, pues las dilaciones, sin lugar a duda suponen un nexo causal lo suficientemente evidente como para imputar el no acceso oportuno a la IVE y con esto una lesión a los derechos reproductivos de las mujeres.

Elementos de la responsabilidad medica frente a nacimiento o concepción injustas & derecho de daños

Al respecto encontramos que en palabras de Becerra (2014) “*la prestación de servicios médicos puede dar lugar a la responsabilidad contractual o extracontractual (todo depende de la forma y circunstancias en que se preste)*”, adicionalmente este servicio prestado por el médico supone una obligación de medio, lo cual implica que el mismo no tendrá que garantizar un resultado sino en palabras de Bonivento (2017) “*A poner los medios idóneos para procurar la obtención de tales resultados*”, lo cual supone un deber de diligencia y cuidado por parte del galeno, siendo necesario para atribuir responsabilidad al mismo plantear un reproche culpabilísimo in abstracto en el cual

¹³ En el momento en que la Corte Constitucional despenaliza el aborto, se abrió una gran controversia por las consecuencias jurídicas que esto traería. Y el tema se convirtió en algo reciente para la población colombiana. Por lo cual se crean vacíos jurídicos y nuevas situaciones que deben enfrentar los jueces solo con el apoyo de las fuentes inherentes al Derecho. Gracias a esto podemos incluir acciones que son desconocidas para el ordenamiento jurídico colombiano como lo son las acciones de wrongful birth y wrongful life. (De la Rosa Guzmán, 2012)

se comparará su conducta en las condiciones externas en que se dieron, con la conducta de otro galeno el cual opera según la *lex artis* del oficio puesto en las mismas condiciones.

Bajo esta perspectiva, se entiende que: *“el médico no se obliga a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (causa final), pero sí se obliga a realizar y aún garantiza otros hechos, no menos precisos y determinados, a saber, la sucesión de actos en que consiste un tratamiento médico, con miras a obtener el resultado deseado, que él no garantiza ni constituye la prestación objeto de su obligación”* RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA ESPECIALIDAD CIVIL. (s. f.). *Escuela Judicial Rodrigo Lara*. En efecto, las obligaciones de medio permiten demostrar el incumplimiento, dado que las mismas suponen un deber de diligencia, buena fe y cuidado y supone al acreedor probar que se ha incumplido el contenido de la prestación, sin perjuicio de que ello equivalga a probar la culpa. Así esbozamos pues los elementos de la responsabilidad contractual el cual es la demostración del contrato y del incumplimiento, que para el caso de obligaciones de medio implica un reproche culpabilísimo de la actuación del galeno, esto con fundamento en la cláusula general de responsabilidad del 2343.

Sin embargo también puede presentarse una Responsabilidad Civil Extracontractual (RCE) del galeno, esto cuando el daño no está relacionado con la prestación que implica el contrato de servicios médicos, como lo es el caso en el cual este objeta consciencia para no practicar una IVE, pero no remite el caso a otro médico y el nasciturus indeseado nace, dando origen a un *Wrongful birth*, pues es un acto antijurídico en el caso de que la mujer quiera practicar la IVE y el médico presente objeción de consciencia, no remitir a otro galeno para permitir que el derecho a la libertad reproductiva de la mujer se materialice, vulnera el derecho de la mujer y al no estar éste relacionado con la prestación se configura como RCE, aquí el reproche culpabilístico también se basará en la negligencia del mismo, puesto que si bien la objeción de conciencia es un derecho, este también implica obligaciones, para el caso, la obligación de trasladar el caso a otro galeno, observada esta acción del galeno en una culpa in abstracto, sin duda, otro galeno puesto en las mismas condiciones hubiera actuado de forma diligente y a pesar de objetar conciencia hubiera trasladado el conocimiento del caso a otro profesional de la salud, al no ejecutar esta obligación el médico genera un obstáculo insuperable para que la mujer acceda a la IVE configurando así el nexo causal.

En hilo, La responsabilidad médica en casos de nacimiento o concepción injusta constituye un tema de considerable trascendencia dentro del marco legal colombiano. En virtud del derecho de daños, se establecen una serie de principios y criterios que regulan las circunstancias en las cuales los profesionales de la salud pueden ser considerados responsables por los resultados adversos durante el proceso de gestación, parto o periodo prenatal.

Los elementos esenciales que fundamentan la responsabilidad médica frente a nacimientos o concepciones injustas comprenden:

1. **Deber de cuidado:** Los profesionales de la salud se encuentran investidos del deber de proveer una atención médica idónea y diligente a sus pacientes, particularmente durante el curso del embarazo, parto y concepción. Este deber conlleva la observancia de protocolos establecidos, la realización de diagnósticos precisos y la aplicación de tratamientos adecuados con miras a salvaguardar la salud y bienestar tanto de la madre como del nasciturus.

2. **Infracción al deber de cuidado:** Para que proceda la responsabilidad médica, es imperativo demostrar que el profesional de la salud ha incurrido en un incumplimiento de su deber de cuidado. Tal infracción puede manifestarse a través de actos negligentes, errores médicos, insuficiente información o cualquier otra conducta que ponga en peligro la salud de la madre o el feto.

3. **Nexo causal:** Debe establecerse un vínculo causal directo entre la conducta negligente del profesional de la salud y el daño sufrido por la madre o el feto. En otras palabras, la negligencia médica debe ser la causa directa o contribuyente al resultado adverso durante el embarazo, parto o concepción.

4. **Daño o perjuicio:** Es requisito indispensable que se haya producido un daño o perjuicio efectivo como consecuencia de la conducta negligente del profesional de la salud. Este daño puede manifestarse en diversas formas, incluyendo lesiones físicas, afectaciones emocionales, daños económicos o psicológicos tanto para la madre como para el niño nacido o por nacer.

En el contexto colombiano, el derecho de daños dispone que las víctimas de negligencia médica tienen derecho a recibir una compensación por los daños sufridos. Tal compensación puede abarcar el reembolso de gastos médicos, indemnizaciones por sufrimiento físico y emocional, así como el pago de pensiones en casos de discapacidad permanente o fallecimiento.

7. Análisis de la Jurisprudencia civil.

Con la intención de ilustrar la jurisprudencia civil en todo el marco de Wrongful en Colombia, resulta útil llevar a cabo una investigación sobre las normas que poseen cierta cercanía semántica con las ya expuestas categorías de wrongful, este análisis nos permitirá realizar una aproximación de estas figuras. Consideramos, sin embargo, que tales figuras no pueden ser juzgadas en abstracto, por lo que se procederá su análisis mediante casos judiciales en donde los presupuestos facticos de las wrongful pongan en juego las normas que lo regulan en la justicia civil colombiana.

En ese sentido y atendiendo la necesidad de investigar la jurisprudencia civil precisamos que se busca realizar un cambio y marcar un precedente en la normatividad que conlleve a establecer los conceptos wrongful birth/conception/life, como unas figuras de conocimiento y que a su vez den paso a su evolución, permitiendo que aquellas personas que vean necesario el uso de la misma puedan acceder formalmente, , estando esto, intrínsecamente relacionado con la idea de la “continuidad”, en el sentido de que el tratamiento que hayan de recibir estas pretensiones de indemnización frente a los profesionales médicos: “ha de respetar los perfiles de la responsabilidad civil, tal y como fue concebida y regulada originariamente en el Código civil” Macía Morillo, A. (2007). Debido a que, esta institución debe ser aquella que sirva de marco, explica la misma autora *“Por ello, al margen de estas tendencias de ampliación de la responsabilidad civil inicialmente mencionadas, la idea de continuidad supone partir del presupuesto firme de que, para admitir o rechazar la responsabilidad civil, habrá que examinar cada uno de sus presupuestos (daño, culpa y relación de causalidad, tanto en su perspectiva fáctica como jurídica)”* es decir que, únicamente podrá apreciarse el origen de una indemnización en dichos casos *“cuando se constate que concurren todos y cada uno de los elementos que establece el Ordenamiento para hacer surgir la obligación de reparar el daño causado”*

De manera muy clara la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado el punto de vista de la obligación en los casos de responsabilidad médica en el marco del sistema general de seguridad social en salud que rige en el país. Es así que en sentencia del 30 de septiembre de 2016¹⁴, expuso que *“tanto las entidades promotoras e instituciones prestadoras de salud como los profesionales que fungen como agentes suyos, están cada vez más inmersos en un contexto de responsabilidad, porque entre mayor es el saber científico, la actualización de los conocimientos, el poder de predicción de los resultados y el dominio de las consecuencias, se incrementa el grado de exigencia ética y jurídica que se hace a las empresas y agentes prestadores del servicio de salud”*, y adicionalmente, advirtió que *“el juicio de reproche puede recaer sobre la organización; sobre uno o algunos de sus elementos humanos; sobre la organización y uno o alguno de sus elementos”*, se analiza como en forma solidaria cuando se cumplen los presupuestos del artículo 2344 del Código Civil;¹⁵ o no recaer sobre ninguno de ellos, según las circunstancias del caso. Hunter Hernández, m. c., & Vega Cerón, z. (2018).

Siguiendo los lineamientos de esta sentencia, todos los que integran dicho sistema están llamados a resistir una demanda de responsabilidad médica, con la posibilidad de exonerarse, en conjunto, o en forma individual, *“mediante la prueba del caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o la debida diligencia y cuidado.”* En efecto, la acción por wrongful birth en Colombia puede dirigirse contra el personal médico, la EPS y la IPS a través de la cual se presta el servicio de salud, *“lo cual no obsta para que en la sentencia se defina si le asiste responsabilidad a uno sólo de ellos o a todos, según lo que resulte del debate probatorio en relación con la culpa*

¹⁴ Guillermo León Pulgarín Sossa, Christopher David Pulgarín Román, Marlyn Julieth Pulgarín Román, Ana de Dios Marín y Mario Uribe Betancur, solicitaron mediante demanda ordinaria civil que se declare a Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y a la Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda., responsables por la muerte de su respectiva esposa, madre e hija, a causa de la deficiente atención médica, quirúrgica y hospitalaria recibida en la clínica demandada entre el 29 de mayo de 2002 y el 23 de junio de ese mismo año. Como consecuencia de la anterior declaración pretendieron que se condene a las demandadas al pago de las sumas de dinero correspondientes a los perjuicios patrimoniales y morales que dicha muerte les produjo.

¹⁵ ARTICULO 2344. <RESPONSABILIDAD SOLIDARIA>. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

del facultativo y/o con la culpa organizacional y su nexa con el hecho dañoso” Hunter Hernández, m. c., & Vega Cerón, z. (2018).

En la sentencia T 209 del 2008¹⁶ la cual hace referencia al aborto, trae una percepción, en la cual bajo nuestro concepto debería aplicar no solo para los casos de aborto si no bajo todos los escenarios de la figura en que se presenta Wrongful en Colombia, que dispone lo siguiente: “Son deberes de los profesionales de la salud: (i). Proceder a realizar el procedimiento IVE de manera oportuna, es decir dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud, de conformidad con la Resolución 004905 de 2006, proferida por el Ministerio de la Protección Social. (ii). Brindar la atención de manera integral y con calidad. (iii). Presta el servicio de conformidad con las normas y/o lineamientos técnicos en la materia, dictados por el Ministerio de Salud. (protocolos, Guía OMS)”

¿Por qué debería aplicar bajo todos los conceptos de Wrongful en Colombia?, Si lo analizamos detalladamente, podemos observar que este lineamiento cuenta con los conceptos de **DEBERES DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD**, es decir que los terceros profesionales encargados de realizar estos procedimientos cumplan a cabalidad bajo los parámetros legales su función de manera óptima, esto evaluando que este fenómeno se da principalmente por el proceder negligente de los médicos, entonces sí se pueden aplicar las exigencias del actuar médico en tema del aborto, también se puede aumentar la responsabilidad de las intervenciones medicas en los distintos casos donde se presenta el wrongful y así se exponga ante la norma de manera más amplia el actuar ideal por el parte médico logrando solventar las consecuencias en los casos donde esta especificación no se cumpla.

Con lo anterior lo que se busca es proteger no solamente a la persona y su capacidad de decisión, sino también los intereses del estado y del campo de la salud, y que bajo la norma queden expuestas las obligaciones y deberes de las partes lo más acertado posible para su aplicación. Ahora bien, la

¹⁶ Manifiesta la accionante que el 16 de febrero de 2007, su hija, de 13 años de edad, fue víctima de acceso camal violento por parte de ccc y que, como consecuencia de tal agresión, quedó en estado de embarazo; la aludida menor de edad se encuentra afiliada a Coomeva desde el 25 de julio de 2005 como beneficiaria de su padre, y aun cuando ha recibido terapias y ayuda psicológica tanto de la Fiscalía como de Coomeva, dicha EPS se negó a la interrupción del embarazo ordenada por el Centro de atención integral a víctimas de agresión sexual.

presente sentencia también expone un concepto que es fundamental y es con base a qué alguien presente algún tipo de objeción en estos escenarios y dispone que: *“La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas. (Artículo 18 de la Constitución, que garantiza la libertad de conciencia y dispone que nadie será obligado a actuar contra ella). (iva).* Prohibición de objeción de conciencia institucional: La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales.” Lo que quiere decir que ningún tipo de persona jurídica deberá presentar algún tipo de objeción teniendo en cuenta que debe respetar la voluntad y el derecho de libertad de decisión de las personas, y esto es relevante dado que el entorno de la persona en gestación no deberá presentar ningún tipo de manifestación en contra de la voluntad de la persona, logrando así, una mayor protección de los derechos de la persona.

Adicionalmente, también es importante realizar un acercamiento a las consecuencias que el mal proceder puede traer consigo, la presente sentencia (T 209 del 2008), también expone las mismas y dice que: *“Las consecuencias jurídicas que conlleva el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional por la no práctica oportuna del aborto en los eventos despenalizados, son: (i) La competencia del Tribunal de Ética Médica para evaluar las objeciones de conciencia presentadas con ocasión de la solicitud de IVE (ii) La potestad investigativa y sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y del Ministerio de la Protección Social; (iii) La investigación disciplinaria y penal de los jueces de instancia; y (iv) La indemnización de perjuicios”.*

Entonces, estas consecuencias se pueden presentar como idóneas para el fenómeno del wrongful en Colombia, debido a que, si se ejecutan, se puede reducir considerablemente el porcentaje de negligencias médicas al estar presente un poder coercitivo, logrando que se lleven a cabo minuciosamente las tareas médicas y evitando incumplir con las responsabilidades médicas y estatales. Por lo anterior, sería ideal la implementación y ampliación de una normativa jurídica que regule de esta forma no solo los abortos si no el WRONGFUL en forma general.

Consecuentemente, junto con el bloque de constitucionalidad, consideramos pertinente hacer un estudio de las leyes que han sido aplicadas o que en cierta medida van ligadas a estas figuras en Colombia, por ello expondremos 3 artículos de la constitución que cuentan con respaldo de normas

internacionales a nivel territorial y nacional (Art 93, Art 94, Art 214)¹⁷ Estos artículos amplían la protección de los derechos humanos. que se traduce en la protección de la vida, libertades fundamentales y todos aquellos conceptos que llegan a ser considerados como parte esencial para la vida digna de una persona en ejercicio de sus derechos y de su derecho de autonomía personal, es decir, que se puede relacionar directamente con las figuras de wrongful en el presente escrito, ya que, a partir de la capacidad y consciencia en la decisión los sujetos podrán evaluar qué tan viable y positivo es considerar el nacimiento de un menor que ha sido consecuencia de una intervención médica errónea.

Ahora bien sumergiéndonos más allá en una de las problemáticas de este fenómeno, identificamos que una de esas es que las causales de IVE no son suficientes y el aborto debería poder practicarse de manera consentida y anticipada por los padres, es decir que estos cuenten con la capacidad de decisión de practicar o no la intervención teniendo en consideración que una mal formación del feto o una puesta en riesgo de la vida de la madre debe tener la misma importancia que los fenómenos de wrongful, consecuentemente, expondremos lo dispuesto en la sentencia C 355 del 2006, que nos habla en los casos donde el aborto ha sido despenalizado en Colombia y dispone lo siguiente: *“El aborto en Colombia fue despenalizado mediante la sentencia de la corte constitucional C-355 del 2006, a raíz del caso de Martha Sulay González, en tres situaciones específicas: En caso de violación, cuando existe peligro para la salud física de la madre, en caso de graves malformaciones o problemas graves de salud del feto”*, también podemos ver lo expuesto en la sentencia **C- 055 del 2022**, sobre la legalidad del aborto en Colombia y es que esta misma delimita lo siguiente: ...“Dar la libertad a las mujeres de interrumpir el embarazo en cualquier momento hasta las 24 semanas de gestación, esto quiere decir hasta los 6 meses”...

¹⁷ Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”

Artículo 94: “La enunciación de los derechos humanos contenidos en la constitución y en los convenios internacionales, no debe entenderse como una negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”

Artículo 214:“ No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

Esto nos deja entonces un vacío legal respecto a los fenómenos en materia de estudio, ya que precisa que la única forma de intervención médica legal para practicar un aborto son los 3 escenarios expuestos anteriormente, pero no cuentan con la responsabilidad que puede haber por parte del Estado en los casos de wrongful birth/life/conception, dado que estos ocurren y tienen origen en un nacimiento no deseado bien sea por una negligencia o una mala intervención médica y/o terceros, en efecto, el estado y los campos de la salud tienen obligaciones al momento de efectuar un aborto, y la citada T-209-2008 expone lo siguiente: *“Las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud deberán garantizar que en la red exista disponibilidad suficiente para garantizar el acceso real y la atención oportuna en IVE en todos los grados de complejidad. Las EPS, IPS deberán garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de IVE”*. Esto nos deja claro que los centros médicos departamentales, distritales y municipales serán los encargados de garantizar una red de disponibilidad de acceso y además que puedan ser habilitados y cumplan a cabalidad con la obligación profesional, traducándose esto, en una proposición de deberes y obligaciones a las entidades de salud, lo que conlleva a pensar algo que se espera, no sea utópico, esta misma precisión debe ser requerida en el momento de buscarle solución a los fenómenos de Wrongful.

Como bien se ha expuesto, los casos anteriores, van de la mano con una de las causas que la sentencia (C-355 del 2006) expone que es: “en casos graves de malformaciones o problemas graves de salud del feto”, pero se deja un vacío legal enorme al wrongful conception, ya que se remite como tal a la negligencia médica en una mala intervención y así mismo se le atribuye la responsabilidad a este tercero, pero no se tiene en cuenta un concepto clave y es la libertad reproductiva.

Para explicarnos mejor, planteamos un escenario en donde una pareja se someta a un procedimiento médico para usar un método anticonceptivo, por ejemplo una esterilización voluntaria, y que por responsabilidad y negligencia de los médicos esta misma, no cumpla con su fin y en consecuencia se genere un embarazo no deseado, entonces, ¿Por qué no tener en cuenta este posible escenario en la despenalización del aborto en Colombia también?, teniendo en cuenta que la pareja por razones propias bien sea patrimoniales, psicológicas o por el simple hecho de tener ese consentimiento actuaron de forma responsable que es acudir a un centro de salud para no gestar o traer al mundo un bebe no deseado.

Y es que Colombia es un país donde un aborto que no sea practicado bajo los parámetros legales es castigado de forma severa, y así lo expone el artículo 122 del código penal colombiano que dispone lo siguiente: *“La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.”*; Es tanta la relevancia de este mandato que inclusive mediante la sentencia de la corte constitucional T-388 de 2009, se dispone la normativa que indica la ordenanza de implementar nuevas iniciativas, campañas y demás medios de información, para que sea de conocimiento los escenarios donde la interrupción del embarazo es legal, sin embargo hasta hoy en día esta norma no se ve reflejada dado que distintos estudios determinan que anualmente en Colombia se realiza un aproximado de 300.000 abortos¹⁸, es decir que esta medida tampoco está bien ejecutada.

En hilo a lo anterior, en materia de derecho de daños se han presentado ciertas dificultades ya que al momento de poner en cuestión el concepto de la vida misma, se vuelve complejo para los tribunales tener una postura definida entorno a cuestiones morales, buscando que se realice el menor daño posible tanto a la persona como al feto. Al ser un tema tan común esto ha obligado a distintas entidades a responder frente a esos casos dejando cierta incertidumbre entre lo moralmente correcto¹⁹ implicando los objetivos principales de la responsabilidad civil.

8.CONCLUSIONES.

Es evidente pues, que cada una de las jurisdicciones analizadas, ha presentado un avance distintivo frente al estudio del wrongful conception, wrongful birth y wrongful life, cumpliendo con la pregunta de investigación objeto del presente trabajo, Sin embargo, hasta el momento en

¹⁸ Dev_ops. (2023, 17 febrero). *Aborto en Colombia: las barreras persisten*. Médicos Sin Fronteras Colombia | Organización médico-humanitaria. <https://www.msf.org.co/actualidad/aborto-colombia-las-barreras-persisten/>

¹⁹ Para el filósofo Platón, las **ideas morales** son patrones universales que sirven para juzgar los comportamientos humanos. Estos valores definen el ideal de la sociedad humana.

Clarín, R. (2022, 13 septiembre). Qué es la moral. *Clarín*. https://www.clarin.com/viste/que-es-la-moral_0_JFYMyM00ei.html

Colombia, esas acciones solo pueden extraerse de la jurisprudencia, puesto que no hacen parte en sí mismas de la legislación colombiana.

En continuación, usar el constitucionalismo para el presente demuestra que el juez del Estado constitucional de Derecho está llamado a ser un juez director, proactivo, que intervenga en todas y cada una las esferas de la sociedad, utilizando todas las herramientas que estén a su alcance para decidir sobre temas como el Wrongful, dentro de estas: La jurisprudencia que debate sobre el tema.

Se encuentran puntos similares en algunos aspectos cuando se quieren ejercer reclamos en Colombia, dejando muy claro que sus sistemas de responsabilidad y criterios de análisis para imputar es divergente. Cuando hablamos de wrongful conception, según lo anteriormente analizado, entendemos que el daño se genera en el momento en que se afecta la libertad de la autonomía reproductiva, es decir que, el nacimiento del niño no es lo que constituye el daño, y este camino ha sido seguido por el Consejo de estado en una de sus providencias (2016). Por ello, resulta necesario examinar hasta qué punto llega el tema de la responsabilidad médica en cada caso en concreto, y así mismo, establecer unas pautas apropiadas para su reconocimiento, debido a que, en la medida en que la importancia de la planificación familiar responsable aumenta, así mismo lo harán el número de casos de Wrongful Conception.

Por otro lado, cuando se da la figura de wrongful birth, el daño, es el nacimiento mismo, se trata de una “acción de vida inapropiada”, donde un tercero con las herramientas necesarias para detectar los fenómenos contraproducentes con los que puede nacer el menor, no lo hace.

En lo que respecta al evento wrongful life, la conclusión del presente trabajo es que la búsqueda para lograr que un reclamo sea viable resulta complejo. En este caso, el daño recae en la vida de una persona afectada con una discapacidad congénita que no tiene la obligación de soportar, lo que se diferencia con las otras dos situaciones (Conception, Birth) debido a que, en ellos, no se entiende la vida como daño.

Ahondando más en el tema de la imputación, se concluye que en los tres eventos se une el juzgamiento a través del mismo régimen (régimen subjetivo de responsabilidad) por eso, en la

mayoría de los casos resulta necesaria la confirmación de una obligación a cargo del estado o del privado, materializando un incumplimiento.

Se considera pertinente que el sistema jurídico Colombiano intervenga de manera eficaz en el tema de wrongful, debido que se está gestando y produciendo nacimiento de menores que tal vez no cuentan con las garantías de una vida digna necesarias para poder vivir o que simplemente no han sido deseados donde método anticonceptivos han sido fallidos, todo lo anterior en consecuencia de una negligencia médica, por ende la finalidad con estas figuras es el estudio del aborto y su viabilidad, respetando y velando así mismo por los derechos fundamentales de los ciudadanos al tener capacidad de decisión sobre si mismos y que esto conlleve a una mejor calidad de vida tanto para los gestantes como a los nasciturus (concebido no nacido).

Se resalta que la vida es el principal factor por el cual debemos velar todos, pero además también hacerlo por una vida digna, que los avances en salud y todo lo que tengamos a disposición sea en pro de proteger estos principios, para ello es sumamente interesante y consideramos oportuno que en la normativa y jurisprudencia colombiana se implemente algo parecido al Artículo 8 de la ley 41/2002 en el numeral 1 y 4 de la ley española que dispone lo siguiente:

“Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

“Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud”

Siendo así, consideramos oportuno que Colombia adopte una postura semejante a la del ordenamiento jurídico español, porque toda persona protegiendo su libertad reproductiva, su derecho a la autonomía y que vele por sus intereses, debe tener derecho a los métodos médicos que se tienen a disposición y que estos sean implementados de manera óptima, ya que si estos aumentan su porcentaje de eficacia, el porcentaje de embarazos no deseados disminuye; (de igual

manera en los casos que haya una enfermedad, malformación etc.,) y los médicos en representación del estado cumplen a cabalidad con la responsabilidad como se indica, y en efecto, esto, disminuye sustancialmente el porcentaje de nacimientos no deseados.

Para finalizar, podemos concluir sobre la aplicación en Colombia de las 3 situaciones:

En Colombia, wrongful birth aún no puede ser tomada como una acción, pero se puede invocar como el fundamento de un derecho cuando se busca pedir la indemnización de un perjuicio, al igual que el tema del wrongful life, convirtiéndose en un mecanismo de protección que vela por los derechos fundamentales de los posibles afectados. Por otro lado, para el caso del wrongful conception aún no se encuentra una posición consolidada debido a que la discusión no ha terminado, sin embargo, el consejo de estado ha mostrado propósito de indemnizar cuando se reclama invocando este mismo.

Referencias

- Aguilar Barreto, A. J., & Hernandez Peña, Y. K. (s. f.). *La Investigación Jurídica: Reconociendo acciones normativas relevantes*. Universidad Simón Bolívar.
- Becerra Toro, R., 2016. *Nociones Generales Sobre Responsabilidad Civil Contractual Y Extracontractual (Aquiliana)*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bechara Llanos. (s. f.). *ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN ROBERT ALEXY*. SABER, CIENCIA Y Libertad.
- Daniel Giovanni Castañeda Arias y Sergio Esteban Moreno Arias, 2015, *LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE EN COLOMBIA: UNA PERSPECTIVA HACIA EL FUTURO JURÍDICO DEL PAÍS*, Bogotá, Universidad la Gran Colombia.
- *El Estado Constitucional de Derecho en el marco de la descentralización en los países andinos*. (s. f.). <https://www.bivica.org/file/view/id/858>

- Atlas abogados, 2021, wrongful life, wrongful birth y wrongful conception.
- Bonivento Jiménez, J., 2017. *Obligaciones*. Bogotá, D.C.: Legis.
- Huayama, J. C. G. (2010). Responsabilidad civil de los médicos. *Derecho y Cambio Social*, 7(21), 6. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5501003.pdf>
- Jiménez Acosta, a. c. (2012). *las acciones de wrongful birth y wrongful life para casos de manipulación genética y técnicas de reproducción asistida en la responsabilidad civil médica*. Pontificia Universidad Javeriana.
- LAMO BLANCO, J. E., & LAMO BLANCO, L. M. (1997). *Las acciones por wrongful conception en el ordenamiento jurídico colombiano: la vida sana no deseada resultante de un mecanismo de anticoncepción fallido como un daño indemnizable*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Luigi Ferrajoli, Positivismo crítico, derechos y democracia, en Revista Isonomía N° 16, abril 2002 <http://www.cervantesvirtual.com>.
- Macía Morillo, A. (2007). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. LAS LLAMADAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE* (Revista de Derecho)
- Rondón Echeverry, I. H. (2018). *La vida como daño antijurídico irreparable: La responsabilidad del Estado en los casos wrongful conception / birth / life* (Universidad nacional de Colombia).
- HUNTER HERNÁNDEZ, M. C., & VEGA CERÓN, Z. (2018). *WRONGFUL BIRTH: ¿UN DAÑO RESARCIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO?*
- *RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA ESPECIALIDAD CIVIL*. (s. f.). *Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla*
<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m2-4.pdf>

